٣- دور الإرادة في إنشاء العقد

إعداد: فتحية سيد عثمان

مستشار قانوني بوزارة العدل

الفصل الأول

العقد

المبحث الأول

العقد في القانون الوضعي

تعريف العقد :

العقد لغة هو ما يربط بين أطراف الشيء وضده الحل، وهو عند العرب يطلق على هذا المعنى كما يطلق على كل ما يفيد التزاماً سواء كان من جانب واحد أو من جانبين. ومن المتفق عليه أن العقد يعتبر أهم مصادر الالتزام وقد بين القانون السوداني أحكامه وقد جرت العادة على التمييز بين العقد والاتفاق. حيث يتميز الاتفاق عادة بأنه أعم من العقد. فالاتفاق هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني وهو إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه. والرأي منعقد على ألا أهمية للتفرقة وذلك لعدم ترتب أي نتائج قانونية عليها بحيث يعتبرهما الشراح عادة مترادفين للفظ واحد. وبناء على هذا الرأي فإن الاتفاق هو توافق الإرادتين إما على الإنشاء أو النقل أو التعديل أو الإنهاء بينما يجب أن يعرف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي، وبالتالي فإن العقد بإعتباره منشئا للالتزام يتعين أن يكون محله ذا قيمة مالية مع اتجاه نية طرفيه إلى إخضاع علاقتهما لقواعد القانون [١] .

---

[1] السنهوري " مصادر الإلتزام " ص ١٥٠ .

قوام العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني :

جوهر العقد توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ويتحقق هذا التوافق متى كان الموضوع الذي انعقدت عليه كل من الإرادتين واحداً في جملته وتفصيله، ولكن ليس كل توافق إرادتين يعتبر عقداً إذ يشترط في العقد أن يكون توافق الإرادتين حاصلاً على إحداث أثر قانوني فإذا اتفق اثنان أو أكثر على أن يخرجا للتنزه معاً في وقت معين فليس ذلك عقداً قانونياً لأن موضوعه ليس إحداث أثر قانوني .

لم يضع التقنين المصري المدني تعريفاً للعقد وإنما ابتدأ الحديث مباشرة عن أركان العقد، أما قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) فقد عرف العقد في المادة (١/٣٣) منه على أنه :"ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر" وهذا التعريف مأخوذ عن الفقه الإسلامي .

ولكي يوجد العقد لابد له من توافر أركان معينة هي: التراضي والمحل والسبب ويترتب على تخلف ركن من هذه الأركان بطلان العقد .

والعقد كمصدر من مصادر الالتزام تترتب عليه آثار معينة هذه الآثار هي إنشاء التزامات في ذمة كل من طرفيه. ويزول العقد بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ولكنه قد يزول قبل تنفيذ هذه الالتزامات أو قبل تمام تنفيذها سواء بإرادة طرفيه وهو ما يطلق عليه التقابل، أو للأسباب التي ينص عليها القانون ومنها الإلغاء بإرادة منفردة والفسخ[٢] .

العقد في الفقه الإسلامي:

أشار القرآن الكريم للعقد في مواضع مختلفة منها قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود". وللعقد عند الفقهاء معنيان عام وخاص والمعنى العام الأقرب إلى المعنى اللغوي والشائع عند فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة فهو كل ما عزم المرء على فعله سواء صدر بإرادة منفردة كالوقف والإبراء والطلاق واليمين أم احتاج إلى إرادتين في

---

[2] د. ياسين محمد يحي ...... مصادر الإلتزام ص ٩، ١٠ .

إنشائه كالبيع والإيجار والتوكيل والرهن أي أن هذا المعنى يتناول الالتزام مطلقا سواء من شخص واحد أو شخصين، ويشمل حينئذ ما يسمى في المعنى الضيق أو الخاص عقداً كما شمل ما يسمى تصرفاً أو إلتزاماً .

العقد بالمعنى العام ينظم جميع الالتزامات الشرعية وهو بهذا المعنى يرادف كلمة الالتزام. أما المعنى الخاص الذي نريده هنا فهو ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله أو بعبارة أخرى هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل، وهذا التعريف هو الغالب الشائع في عبارات الفقهاء [٣] .

والقانون يلتقي مع هذا التعريف الثاني عند الفقهاء وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء الالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه " فإنشاء الالتزام كالبيع والإجارة ونقله كالحوالة وتعديله كتأجيل الدين أو إنهائه كالإبراء من الدين فالتعريفان متقاربان. وهذا التعريف وإن كان واضحاً سهلاً إلا أن تعريف الفقهاء في نظر الشرعيين أدق لأن العقد ليس هو اتفاق الإرادتين ذاته، وإنما هو الارتباط الذي يقره الشرع، فقد يحدث الاتفاق بين الإرادتين، ويكون العقد باطلاً لعدم توافر الشروط المطلوبة شرعاً، فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل .

العقد في القانون أداة لإدراك مصلحة ذاتية شخصية لكل من المتعاقدين أما في الإسلام فهو معد لإدراك مقاصد شرعية عامة [٤] .

المبحث الثاني

اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني

المقصود بالإرادة :

يرى علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية أنها تمر بأربع مراحل، الأولى منها مرحلة التصور وفيها يستحضر الشخص العمل القانوني الذي يريد إبرامه، والثانية

---

[3] د. وهبة الزحيلي ...... الفقه الاسلامي وأدلته ـ الجزء الرابع ـ ص ٨٠ .

[٤] د. وهبة الزحيلي ......الفقه الإسلامي وأدلته ـ الجزء الرابع ـ ص ٨١.

مرحلة التدبر وفيها يوازن الشخص بين شتى الاحتمالات والنتائج، والثالثة مرحلة التصميم وفيها يبت الشخص في الأمر وهذه المرحلة هي جوهر الإرادة وهي الإرادة نفسها، والرابعة مرحلة التنفيذ التي ينقل فيها الشخص إرادته من كامن نفسه إلى العالم الخارجي فيفصح عن إرادة معينة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين .

والإرادة كما يظهر من هذا التحليل تستدعي نشاطاً ذهنياً معيناً، ولذا يشترط المشرع فيمن صدر عنه أن يكون متمتعاً بنصيب معين من القوى الذهنية وهذه القوى لا تتوافر إلا إذا بلغ الشخص سناً معيناً وكان سليماً من سائر الآفات العقلية غير أنه مع توافر هذا الشرط قد تصادف الإرادة ظروفاً تحد من حريتها وسلامتها كالإكراه والغلط والتدليس والاستغلال .

العقد يقوم على الإرادة والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ويجب أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام. ويترتب على ذلك بداهة أن الإرادة لا يمكن أن تصدر من شخص معدوم الاهلية كالطفل غير المميز والمجنون ومن فقد الوعي بسبب السكر أو المرض ومن انعدمت إرادته الذاتية تحت تأثير الايحاء ونحو ذلك .

ولا عبرة بالإرادة التي لم تتجه لإحداث أثر قانوني كما في المجاملات الاجتماعية وفي التبرع بتقديم خدمات مجانية كذلك لا يعتد بإرادة الهازل ولا بالإرادة الصورية ولا بالإرادة المعلقة على محض المشيئة ولا بالإرادة المقترنة بتحفظ ذهني فإن الإرادة في جميع هذه الأحوال لم تتجه اتجاهاً جدياً لإحداث أثر قانوني[٥] .

التعبير عن الإرادة:

نص قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) في المادة (٣٥) (١) "يكون التعبير عن الإرادة باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي. كما يكون باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً

[٥] د. أنور سلطان "الموجز في مصادر الالتزام" .

في دلالته على حقيقة المقصود[٦]. يجوز أن يكون التعبير ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً [٧]. إذا اشترط القانون الكتابة فلا يعتد بأي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الإرادة .

قد يصدر التعبير عن الإرادة من الأصيل في التعاقد وقد يصدر من نائب عنه. ويجب التمييز بين الإرادة الكامنة في النفس والمظهر الخارجي للتعبير عنها .

إن الإرادة الكامنة في النفس هي عمل نفسي ينعقد العزم به على شيء معين. مادامت الإرادة عملاً نفسياً فإنه لا يعلم بها أحد من الناس إلا صاحبها ولا يعلم بها غيره إلا إذا عبر عنها بأحد مظاهر التعبير. ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الذي اتخذه كلاماً او كتابة أو إشارة حسب المعروف بين الناس. فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعاني التي تنطوي عليها الإرادة وقد يؤدي اللسان هذه الألفاظ مباشرة وقد يؤديها بواسطة الهاتف أو بواسطة رسول لا يكون نائباً. وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة في أي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية في شكل سند أو نشرة أو إعلان ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة. فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن الإرادة وأي إشارة من غير الأخرس تواضع الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة [٨] كهز الرأس عمودياً للدلالة على القبول وهزه أفقياً دلالة على الرفض أو هز الكتف ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود.

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه الشخص ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ومع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة مثل ذلك أن يتصرف شخص في شيء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه وذلك

---

[٦] السنهوري " نظرية العقد ١٨٨- ١٩٠" .

[٧] الأشباه والنظائر الجزء الأول ص ١٨٤.

[٨] السنهوري "نظرية العقد" ص ١٨٨-١٩٠ .

دليل على أنه قبل الشراء إذ يتصرف فيه تصرف المالك وكالموعود بالبيع يرتب حقاً على العين الموعود ببيعها ، وكالدائن يسلم سند الدين للمدين فهذا دليل على أنه أراد انقضاء الدين ما لم يثبت العكس. كالمستأجر يبقى في العين المؤجرة بعد نهاية الإيجارة ويصدر منه عمل يفهم على أنه يراد به تجديد الايجارة. ومع ذلك فهنالك أحوال يجب أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً ولا يكتفي بالتعبير الضمني وهي أحوال يراد منها عادة تنبيه العاقد قبل تمام العقد أو قبل التعاقد إلى وجه الخطر في ما هو مقدم عليه فلا يبرم الأمر إلى بعد التروي وإلا بعد أن تصدر منه إرادة صريحة. وقد يتفق المتعاقدان على أن يتخذ التعبير عن الإرادة شكلاً خاصاً بأن يكون تعبيراً صريحاً أو كتابة أو بكتابة رسمية وفي هذه الأحوال ينفذ الاتفاق فلا يعتبر التعبير عن الإرادة إلا بالشكل المتفق عليه [٩] .

السكوت وقيمته في التعبير عن الإرادة :

نص قانون المعاملات المدنية السوداني في المادة (٤٠) على أنه :

١- لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولاً .

٢- يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص في الأحوال الآتية :-

(أ) إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب .

(ب) إذا كان هنالك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد .

(ج) إذا تمخض الإيجاب بمنفعة لمن وجه إليه.

---

[٩] السنهوري " نظرية العقد ". ص ١٨٨- ١٩٠ .

٣- يعتبر سكوت المشتري بعد أن يستلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط .

إن القاعدة العامة هي أن السكوت في ذاته مجرد عن أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الرضاء لأن الرضاء عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي ويقول فقهاء المسلمين (لا ينسب لساكت قول)، ومهما يكن من التساهل في استخلاص الإرادة الضمنية، فلا شك في أن هذا التساهل لا يصل إلى الحد الذي يعتبر فيه امتناع الشخص عن إبداء رضائه صراحة أو دلالة رضاء منه فنخلق بذلك من الوجود عدماً. ولو أخذنا بهذا الرأي جعلنا كثيراً من الناس يرتبطون بعقود لا يرتضون بها. ولكنهم لم يجدوا ما يقتضي أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها أو وجدوا مانعاً أدبياً من المجابهة بالرفض فلزموا الصمت. ولئن دل السكوت ضمناً على شيءٍ فأولى أن تكون دلالته الرفض لا القبول هذا هو المبدأ الذي يقول به جمهور الفقهاء في فرنسا ويطبقه القضاء الفرنسي. قضت المحاكم الفرنسية بأن الناشر الذي يرسل لشخص دون سابق اتفاق مجلة دورية لا يحق له أن يعتبر هذا الشخص قد اشترك في هذه المجلة، ما دام لم يصدر عنه قبول بذلك، ولا يعتبر قبولاً مجرد امتناع هذا الشخص عن رد المجلة حتى لو ذكر في المجلة أن عدم الرد يعد قبولاً بالاشتراك. وهذا المبدأ ذاته يأخذ به الفقه في مصر وكذلك القضاء، فقد قضت محكمة الاستئناف المختلطة بأن سكوت الحكومة عن الرد على صاحب مصنع يطلب ترخيصاً لإقامة آلة ميكانيكية في مصنعه لا يعد قبولاً أو ترخيصاً من جانبها. حتى لو تأخرت الحكومة في الرد عن الميعاد القانوني، حتى لو حصل صاحب المصنع على تصريحات شفوية من بعض الموظفين بأن الحكومة سوف تعطيه الترخيص المطلوب. يعتبر السكوت رضاً إذا أحاطته ظروف ملابسة من شأنها أن تجعله دليلاً على هذا الرضاء، فالسكوت لا يكفي ولكنه مقروناً بهذه الظروف يكون تعبيراً صحيحاً عن الإرادة ومن هذه الظروف:

١. إذا وجد بين المتعاقدين علاقة عمل سابقة تسمح بتفسير السكوت دليلاً على القبول كما إذا إعتاد عميل استيراد البضائع التي يريدها من تاجر بالكتابة إليه فيرسل التاجر ما يريد دون أن يؤذنه بالقبول .

فـإذا طلـب العميـل شـيئاً وظـل التـاجر سـاكتاً كعادتـه فـإن للعميـل أن يعتـبر السكوت رضا وأن التاجر سيرسل له ما يطلبه .

٢. إذا كان العرف والتقاليد التي جرى عليها العمل تقضي بأن السكوت يدل على الرضا مثال ذلك إذا أرسل المصرف بياناً لعميله عن حسابه في المصرف وذكر بأن عدم الاعتراض على هذا البيان يعد إقراراً له .

٣. إذا كان العرض نافعاً من كل الوجوه للمعروض عليه وسكت هذا ، فيعتبر سكوته رضاً .

٤. إذا رأى شخص آخر يتعرض لشؤونه فيسكت، يعد سكوته رضاء بهذا التعرض.

ويتفرع على ذلك إن علم الموكل بتجاوز الوكيل حدود الوكالة وسكوته على ذلك يعد إجازة من الموكل لعمل الوكيل والمالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقراراً بالبيع والسكوت كتعبير عن الإرادة في القانون المقارن. يعتبر السكوت المحض خالياً من الظروف الملابسة لا يصلح تعبيراً عن الرضا أما إذا اقترنت به ظروف من شأنها أن توجد التزاماً في جانب من لزم الصمت بأن يتكلم فسكوته دليل على الرضاء .

في الفقه الإسلامي فالقاعدة أنه لا ينسب إلى ساكت قول مثال ذلك لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه يبيع ويشتري فسكت لا يكون إذناً في التجارة ولكن تخرج عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق منها سكوت البكر عن سؤال وليها قبل التزويج ويتبين من ذلك أن الشريعة الإسلامية لا تعتبر السكوت رضا في الأصل ولكنها على سبيل الاستثناء تجعله رضا إذا وجد الظرف الملابس مما يوجد التزاماً بالكلام فيكون السكوت بياناً [١٠].

---

[١٠] الأشباه والنظائر الجزء الأول ص ١٨٤.

المبحث الثالث

الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة

إذا لم تختلف الإرادة الداخلية عن مظهرها الخارجي وعبَر الشخص عن إرادته بطريق من طرق التعبير ينطبق كل الانطباق على ما انطوت عليه نفسه من إرادة فسيان الأخذ بالإرادة الكامنة أو مظهرها المادي. مادام الاثنان ينطبقان أما إذا اختلف الاثنان ـ وكثيراً ما يختلفان ـ فالقاعدة المعروفة في مصر وفرنسا أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ وإن الإرادة الكامنة لا مظهرها المادي هي التي يؤخذ بها. ولكن نظرية حديثة ـ كان للألمان الضلع الأكبر فيها تأخذ بالمظهر المادي دون الإرادة الكامنة ومن هنا اختلفت المدرسة الألمانية مع المدرسة الفرنسية في العقد ـ كما اختلفتا في الالتزام وكما اختلفتا في نظرتهما العامة للعلاقات القانونية ـ فالأولى تقف أمام المظاهر المادية المحسوسة والثانية تنظر إلى الشخص وإرادته الحقيقية التي تجول في نفسه. فإذا اقتصرنا على العقد رأينا المدرسة الفرنسية تأخذ بالإرادة الباطنة، وتأخذ المدرسة الألمانية بالإرادة الظاهرة ـ ونحن نوازن هنا بين النظريتين[11].

نظرية الإرادة الباطنة :

هذه النظرية هي التي كانت سائدة إلى عهد قريب لا في القوانين اللاتينية فحسب بل في القوانين الجرمانية أيضاً. وكان للألمان مجهود في تدعيمها أبعد أثراً من مجهود الفرنسيين. فقد كان هؤلاء يعتبرونها بدهية لا تحتاج إلى دفاع أما في ألمانيا فقد أنبرى للدفاع عنها فقهاء ألمان مثل ساقين وتستلمان وانكروس .

والنظرية في الواقع نتيجة منطقية لمبدأ سلطان الإرادة، إرادة المتعاقدين هي تخلق الالتزام وتحدد مداه .

فيجب البحث عن هذه الإرادة فيما تنوي عليه النفس وما يستكن في الصدر. هذه الإرادة التي جالت في الخاطر وانعقدت في الضمير هي التي يعتد بها أما مظهر التعبير

---

[11] السنهوري "نظرية العقد" ص ١٦٧- ١٦٩- ١٧٠- ١٧٣- ١٧٤- ١٧٧.

عنها فليس إلا دليلا عليها، ولا يعتبر إلا بالقدر الذي يفصح به عن الإرادة الباطنة بامانة ودقة. فإذا قام دليل من جهة أخرى على أن هذا المظهر المادي لا يتفق مع الإرادة النفسية فلا يعبأ بالمظهر وهو عرض، بل يجري حكم الإرادة الحقيقية وهو الجوهر. وإذا تعذر الوصول إلى معرفة الإرادة الحقيقية عن طريق اليقين والجزم فما على القاضي إلا أن ينصرف من طريق الظن والتخمين - أي من طريق الافتراض - فالإرادة الحقيقية أولا وإلا فالإرادة المفروضة، ولكنها حقيقية أو مفروضة هي الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة، الإرادة المختارة الحرة. في معدنها الحقيقي. غير متأثرة لها لا بغش ولا باكراه ولا بغلط. وهذه الارادة الباطنة يجب أن تكون ارادة جدية. قد انصرفت إلى ايجاد الاثر القانوني الذي تعلقت به، فالهازل لا يعتد بعبارته لأنه يظهر غير ما يضمر. والملتزم بشرط ارادي محض لا يلتزم لأنه لم يرد في الواقع أن يلتزم .

هذه النظرية أخذ بها القانون الفرنسي والمصري ويقول فقهاء الشريعة الاسلامية العبرة بالمعاني لا بالالفاظ والمباني .

نظرية الإرادة الظاهرة :

بحثهم على أن هذه الإرادة النفسية لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيئاً كامن في النفس لا يصح أن يحاسب عليه الإنسان أو يحاسب. والإرادة التي تنتج أثراً قانونياً هي الإرادة في مظهرها الاجتماعي لا في مكمنها وهي تختلج في الضمير ولا تأخذ الإرادة مظهراً اجتماعياً إلا عند الإفصاح عنها والعبرة بالإفصاح إذ هو الشيء المادي الذي يستطيع القانون أن يحيط به ويرتب أحكامه فإن القانون ظاهرة اجتماعية لا ظاهرة نفسية والإرادة الباطنة لا وجود لها إلا في العالم النفسي. أما إذا أريد أن يكون لها وجود في العالم الاجتماعي فيجب أن يكون عن المظهر المادي لها وهو ما يستطيع الإنسان إدراكه.

وفي هذا استقرار للمعاملات وطمأنينة والإرادة لا يمكن التعرف عليها إلا بعد التعبير عنها فلا يحتاج بعد ذلك من تعاقد مع شخص بأنه كان ينطوي على نية أخرى غير النية التي تستخلص من الطريق الذي اختاره للتعبير عن هذه النية هذه النظرية قال

بها أعلام من رجال القانون في ألمانيا وفي فرنسا ونشرها "سالي" في شرحه للقانون المدني الألماني .

والقائلون بهذه النظرية لا يشترطون طريقاً خاصاً للتعبير عنها ، فأي مظهر من مظاهر هذا التعبير يصح عندهم سواء كان صريحاً أو ضمنياً بل يكون مجرد السكوت في بعض الأحوال يعتبراً مظهراً من مظاهر التعبير. والمهم عندهم الا تقتصر الإرادة على عمل نفسي، بل تبرز إلى العالم الخارجي أو العالم المادي. أنصار مذهب الإرادة الظاهرة لا يهملون الإرادة الباطنة على نحو مطلق كما أن انصار مذهب الإرادة الباطنة لا يهملون الإرادة الظاهرة بل يعتبرونها دليلاً على الإرادة الباطنة [١٢] .

التقريب بين النظريتين من الناحية العملية :

تقوم نظرية الإرادة الباطنة على أساس أن هذه الإرادة النفسية هي التي تنتج الأثر القانوني وليس مظهرها الخارجي الذي يعتبر مجرد دليل عليها ، أما نظرية الإرادة الظاهرة فتقف عند هذا المظهر الخارجي، ولا يعتبر مجرد دليل بل هو الجسم الذي تتكون منه الإرادة .

وأياً ما كانت أهمية هذا التفريق من الناحية النظرية فلا شك في أنه محدود الأهمية من الناحية العملية. ففي الحالتين نقف عند المظهر الخارجي باعتباره دليلاً أو أصلاً. في أكثر الأحوال تتعاون النظريتان من حيث النتيجة العملية وإن اختلفتا في الاساس النظري. تختلف النظريتان في التطبيق العملي، فنظرية الإرادة الظاهرة لا تسمح بقبول الدليل العكسي ولا تنظر إلى الإرادة الباطنة التي قام الدليل على وجودها بل تقف عند الإرادة الظاهرة. أما نظرية الإرادة الباطنة فتأخذ بالدليل العكسي. وتعدل عن الإرادة الخارجية إلى الإرادة الداخلية ولكن هل يبقى الفرق جسيما من الناحية العملية في هذه الأحوال النادرة ؟ .

---

[١٢] السنهوري "نظرية العقد" ص ١٦٧- ١٦٩- ١٧٠- ١٧٣- ١٧٤- ١٧٧.

لا شك في أن النظريتين تتقاربان من ناحية أخرى وذلك أن النظرية الثانية إذا اعتدت بالإرادة الباطنة هذا المظهر الخارجي دون أثر قانوني بل يترتب عليه الحق في التعويض لمن اطمأن لهذا المصدر حماية للثقة المشروعة، فتكون النتيجة العملية أن المظهر الخارجي ينتج أثراً في كلتا النظريتين. ففي النظرية الأولى على أساس أنه هو الأصل الذي ينتج الأثر وفي النظرية الثانية على أساس أن هذا المظهر الخداع - وهو عمل ضار - فوت عن من اطمأن إليه الأثر الذي يقصده فوجب تعويضه عن فواته، وهو ما يجعل الشخص في مركز معادل تقريباً لمركزه في النظرية الأولى[١٣] .

ويبقى مع ذلك فرق دقيق هو أن أساس المسؤولية حسب النظرية الأولى هو العقد وأساسها حسب النظرية الثانية هو العمل الضار والفرق بين النوعين من المسؤولية معروف :

ففي الأولى لا يعطى التعويض عن كل ضرر مباشر بل يقتصر على ما كان متوقعاً، وفي الثانية يكون التعويض عن كل ضرر مباشر سواء كان متوقعا أو غير متوقع. فاذا فرض أن شخصاً تعاقد مع عامل نقل سكة حديد علي نقل بضاعة إلى جهة معينة، وكانت الإرادة الظاهرة من جانب عامل النقل غير إرادته الباطنة في تحديد الجهة التي تنقل إليها البضاعة فإنه إذا أخذ بالإرادة الظاهرة اعتبر التعاقد قد تم على هذه الجهة واستحق التعويض عن كل الضرر المتوقع حصوله والناشئ من عدم النقل إلى الجهة المذكورة كمصاريف إعادة نقلها أو ما ترتب من الضرر المتوقع في تأخر النقل .

أما إذا أخذ بالإرادة الباطنة فلا يتم التعاقد وإنما يستحق صاحب البضاعة تعويضاً عما اصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى الإرادة الظاهرة التي صدرت خطأ من جانب عامل النقل. ويعطى التعويض عن الضرر المباشر سواء كان متوقعاً أو غير متوقع كما أنه كان قد ترتب على تأخر البضاعة في الوصول إلى الجهة المقصودة أن مشتري البضاعة فسخ عقد البيع الذي تم بينه وبين صاحبها ونال تعويضا من جراء الفسخ[١٤] .

---

[١٣] السنهوري "نظرية العقد". ص ١٧٦- ١٦٩- ١٧٠- ١٧٣- ١٧٤- ١٧٧.

[١٤] السنهوري "نظرية العقد". ص ١٧٦- ١٧٩- ١٧٠- ١٧٣- ١٧٤- ١٧٧.

إذا فرض أن العقد الذي تضاربت فيه الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة هو عقد ناقل للملكية كما إذا باع شخص منزلاً معيناً ولكن إرادته الظاهرة تعلقت بمنزل آخر مملوك له غير المنزل الذي يريد بيعه حقيقة فالأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة يجعل عقد البيع يتم وتنتقل ملكية المنزل الذي عينته الإرادة الظاهرة إلى المشتري فيتحمل تبعة الهلاك وله أن يتصرف في المنزل ولدائنيه أن ينفذوا ديونهم على هذا المال الذي انتقل إلى ملكية مدينهم أما إذا أخذ بنظرية الإرادة الباطنة فعقد البيع لا يتم، ولا تنتقل ملكية المنزل للمشتري فلا يتحمل تبعة الهلاك حتى بعد التسليم ولا يكون له حق التصرف ولا لدائنيه حق التنفيذ ويقتصر علي طلب التعويض عما أصابه من الضرر بسبب اطمئنانه إلى الإرادة الظاهرة التي صدرت خطأ من البائع، وفي رأينا ليس صحيحاً أن النظريتين تتفقان كل الاتفاق في النتائج، فلا تزال هنالك فروق تقتضي التمييز بينهما وترجع هذه الفروق إلى أن نظرية الإرادة الظاهرة نظرية اجتماعية تجعل الإرادة شيئاً محسوساً وتنظر إليها باعتبار اتصالها المادي بالروابط الاجتماعية حيث توجد الثقة التي لا بد من توافرها لاستقرار المعاملات. أما نظرية الإرادة الباطنة فهي نظرية نفسية تنظر إلى الإرادة من حيث هي عمل داخلي ولا تعتد بها من حيث كونها ظاهرة من الظواهر الاجتماعية. وهذه فكرة جوهرية تتفرع منها مسألتان عمليتان :

الأولى: أن القاضي عند تفسير العقد إذا أخذ بنظرية الإرادة الظاهرة – لا يكون ملزماً بأن يتحسس الإرادة الباطنة أو الداخلية فيما تكنه سريرة المتعاقدين كما كان يفعل لو أخذ بالنظرية الباطنة بل يترك هذه الأبحاث النفسية التي قد تؤدي إلى الاضطراب والتخبط وعدم الاستقرار في المعاملات ويقف عند المظهر الخارجي للتعبير عن الارادة وهو الشيء الملموس الذي يستطيع الإحاطة به فيتوافر بذلك الثبات اللازم للمعاملات القانونية.

الثانية: هي أن مسألة التفسير هذه تصبح مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض، ما دام الغرض هو ليس تفسير نية المتعاقدين، بل تفسير نص العقد في مظهره الخارجي فيكون حكم ذلك تفسير نص القانون، إذا أخطأ قاضي الموضوع فيه كان لمحكمة النقض الرقابة في ذلك أما إذا كان التفسير ينطوي

على بحث الإرادة الكامنة في النفس فهذه مسألة وقائع لقاضي الموضوع فيها الرأي .

يمكن القول بوجه عام أن القوانين اللاتينية تأخذ بالإرادة الباطنة أما القوانين الجرمانية والإنجليزية فتأخذ بالإرادة الظاهرة على أن هذا الخلاف لا يوجد إلا من ناحية اعتناق المذاهب العملية أما في العمل الفرق محدود فيما بين هذه القوانين المختلفة[١٥] .

القانون السوداني يأخذ بالإرادة الباطنة :-

وإذا بحثنا في القانون السوداني نجده يأخذ بالإرادة الباطنة كأصل وبالإرادة الظاهرة كاستثناء، فالمادة (٩٦) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) تقول " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي".

على الرغم مما وضح من ظاهر هذا النص من الاعتداد بالنية إلا أنه لا يعني به في واقع الأمر الغوص إلى دواخل الناس لمعرفة نواياهم ومقاصدهم وإنما يعني به أن اللفظ ما خرج إلا ليعبر عما بداخل الصدر فهو حقيقة ما انتواه المتعاقد[١٦] .

موقف الفقه الإسلامي من الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة :

للفقه الإسلامي حول هذا الموضوع اتجاهان، اتجاه تغلب فيه النظرة الموضوعية، واتجاه يلاحظ فيه النوايا والبواعث الذاتية. أما الاتجاه الأول فهو مذهب الحنفية والشافعية الذين يأخذون بالإرادة الظاهرة في العقود لا بالإرادة الباطنة، أي أنهم حفاظاً على مبدأ استقرار المعاملات لا يأخذون بنظرية السبب أو الباعث لأن فقههم ذو نزعة موضوعية بارزة كالفقه الجرماني والسبب أو الباعث الذي يختلف باختلاف الأشخاص عنصر ذاتي داخلي قلق يهدد المعاملات. ولا تأثير للسبب والباعث على العقد إلا إذا

---

[١٥] السنهوري "نظرية العقد". ص ١٦٧- ١٦٩- ١٧٠- ١٧٣- ١٧٤- ١٧٧.

[١٦] القاضي محمد صالح علي "شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م" .

كان مصرحا به في صيغة التعاقد أي تتضمنه الإرادة الظاهرة كالمستأجر على الغناء والنوح والملاهي وغيرها من المعاصي. فاذا لم يصرح به في صيغة العقد بأن كانت الإرادة الظاهرة لا تتضمن باعثاً غير مشروع، فالعقد صحيح لاشتماله على أركانه الأساسية من إيجاب وقبول وأهلية المحل لحكم العقد.

ولأنه قد لا تحصل المعصية بعد العقد ولا عبرة للسبب أو الباعث في إبطال العقد أي أن العقد صحيح في الظاهر دون بحث في النية أو القصد غير المشروع ولكنه مكروه حرام بسبب النية غير المشروعة، ومثال ذلك بيع العنب للخمار أو عاصر الخمر وبيع السلاح في وقت الفتنة الداخلية وإيجار الدار للدعارة أو القمار [17]. أما الاتجاه الثاني فهو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الذين ينظرون إلى القصد والنية أو الباعث فيبطلون التصرف المشتمل على باعث غير مشروع بشرط أن يعلم الطرف الآخر بالسبب غير المشروع، أو كان بإمكانه أن يعلم بذلك بالظروف والقرائن التي تدل على القصد الخبيث كاهداء العدو هدية لقائد الجيش والاهداء للحكام والموظفين، فذلك مقصود به الرشوة. وهبة المرأة مهرها لزوجها يقصد به استدامة الزواج فإن طلقها بعد ذلك كان لها الرجوع فيما وهبت. فهذا الاتجاه يأخذ بنظرية السبب أو بمذهب الإرادة الباطنة في الفقه اللاتيني مراعاة للعوامل الأدبية والخلقية والدينية، فإن كان الباعث مشروعا فالعقد صحيح وإن كان غير مشروع فالعقد باطل حرام لما فيه إعانة على الإثم والعدوان .

وقال الشوكاني " لا خلاف في تحريم بيع العنب لمن يعصره خمراً أما مع عدم القصد والتعمد للبيع فذهب جماعة من أهل العلم إلى جوازه مع الكراهية ما لم يعلم أنه يتخذها لذلك وبناء عليه قال المالكية والحنابلة ومن وافقهم ببطلان العقود السابقة وأضاف لها المالكية أنهم لا يجيزون بيع الأرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب أما عدم صحة بيع العنب للخمار وبيع الاسلحة للأعداء ونحوهما فلانه إعانة على الحرام أو عقد شيء لمعصية الله سبحانه وتعالى به فلا يصح .

---

[17] د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الرابع ص ١٨٧" .

والخلاصة أن هذا الاتجاه يعتد بالمقاصد والنيات ولو لم تذكر بالعقود بشرط أن يكون ذلك معلوماً للطرف الآخر، أو كانت الظروف تحتم علمه لأن النية روح العمل ولبه [١٨].

المبحث الرابع

مبدأ سلطان الإرادة

يقصد بمبدأ سلطان الإرادة أمران :

أولاً: أن الإرادة تكفي وحدها لإنشاء العقد أو العمل القانوني بوجه عام .

ثانياً: إن الإرادة حرة في تعيين الآثار التي تترتب على العقد أو العمل القانوني. ويتفرع على الأمر الأول حرية الشخص في أن يتعاقد فيلتزم بما يبرم من عقود أو أن يمتنع من إبرام عقد معين فلا تنشأ في ذمته الالتزامات التي من شأن هذا العقد أن ينشئها، ويتفرع عليه أيضاً حرية الأشخاص في المساومة على شروط التعاقد وأوصافه في اختيار نوع التعاقد الذي يريدونه وابتداع أنواع جديدة من العقود وفق حاجاتهم وحسب مشيئتهم. فإذا استقر شخصان على التعاقد فيما بينهما وعينا نوع التعاقد الذي يريدانه فإن مجرد رضائهما بهذا التعاقد يكفي لانعقاده ودون حاجة بهما إلى التعبير عن الرضى في شكل مخصوص أو اقترانه بأي إجراء. فيجوز لهما التعبير عن إرادتهما بأي وسيلة سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المفهومة وأياً كانت اللغة المستعملة في الكتابة أو الكلام ودون التقيد باستعمال لفظ مخصوص أو عبارات بعينها .

والأمر الثاني إن الطرفين يكون لهما حرية الترتيب للآثار القانونية التي تترتب على تعاقدهما فيجوز لهما أن يتفقا على أحكام تغاير نصوص القانون غير الآمرة بل ويجوز لهما أن يتفقا على أن يكون تعيين الآثار التي تترتب على تعاقدهما وفقاً لقانون أجنبي معين فلا يحدث اتفاقهما غير الآثار التي اتجهت إليها إرادتهما. ويتفرع على ذلك أيضاً

---

[١٨] د. وهبة الزحيلي "الفقه الإسلامي وأدلته الجزء الرابع ص ١٨٧ " .

أنه عند الاختلاف على أثر من آثار العقد يتعين على القاضي أن يبحث عن نية العاقدين فيما يتعلق بذلك لا أن يطبق عليهما ما يرى هو أو ما كانت تتجه إليه إرادته [19] .

مدى ما وصل إليه مبدأ سلطان الإرادة:

استقر هذا المبدأ وصار دعامة تُبنى عليها النظريات القانونية. فالإرادة الحرة هي التي تهيمن على جميع مصادر الالتزام وهذه الإرادة تتجلى قوية في العقد فالمتعاقدان لا يلتزمان إلا بإرادتيهما ولا يلتزم أحد بعقد لم يكن طرفا فيه، كما لا يكسب أحد حقاً من عقد لم يشترك فيه. أما نظرية الاشتراط لمصلحة الغير فهي تبدو ضيقة محدودة في تقنين نابليون ولم يحصل التوسع فيها إلا من العهد الأخير فالعقد إذاً يرتكز على الإرادة. وليس سلطان الإرادة مقصوراً على توليد الالتزامات وحدها بل أيضاً يولد الحقوق الأخرى، فالملكية مبنية على حرية الإرادة بل هي الحرية في مظهرها الملموس المادي وحقوق الأسرة مبنية على عقد الزواج أي على الإرادة الحرة والميراث مبني على وصية مفروضة وطرق التنفيذ الإجباري ذاتها ترتكز على الارادة الحرة. فهي طرق وإن كانت إجبارية قد ارتضاها المدين وقت الاستدانة. بل العقوبة الجنائية لا مبرر لمشروعيتها إلا في الإرادة، فالمجرم الذي خرج على المجتمع قد ارتضى مقدماً أن يناله الجزاء ذلك لأن القانون ما هو إلا وليد الإرادة وارتضاه الناس بأنفسهم أو بممثليهم واختاروا الخضوع لسلطانه والمجتمع البشري ذاته ليست دعامته هذا العقد الاجتماعي الذي نادى به " رسو " ومن قبله الفلاسفة والمفكرون .... !

فالإنسان حر مستقل في إرادته، فإذا التزم بشيء كان العدل أن يقوم بما التزم به. أما ما يقال عن التضامن الاجتماعي والتعسف في استعمال الحقوق وقواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء لا ينبغي أن تحد من سلطان الإرادة وإذا كانت قواعد العدالة والنظام العام تفي بشيء فلا أحق بعنايتها بسلطان الإرادة والتسلم بأثر كامل في تفسير العقد وترتيب نتائجه القانونية. الأصل أن العقد قد تم بتوافق إرادتين

---

[19] د. سليمان مرقص "نظرية العقد" .

مستقلتين ولا يجوز تعديله إلا بتوافق هاتين الإرادتين. فلا يستقل أحد المتعاقدين بتعديله ولا يجوز للقاضي نفسه بدعوى اتباع قواعد العدالة أن يعدل فيه أو أن يضيف إليه ما ليس منه [٢٠] .

انتقاص مبدأ سلطان الإرادة :

إذا أرجعنا انتصار مبدأ سلطان الإرادة إلى عوامل اقتصادية، وهي العوامل التي أدت إلى انتشار روح الفردية في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر فهذه العوامل ذاتها بعد أن تطورت وقامت الصناعات الكبيرة وتأسست الشركات الضخمة، ونظمت طوائف العمال على أثر اختلال التوازن بين القوات الاقتصادية مما أدى إلى انتشار روح الاشتراكية وقيامها بوجه المذاهب الفردية، وهذه العوامل كما قلنا كان من شأنها أن تنقص من سلطان الإرادة فيكون هذا المبدأ قد قام على أساس اقتصادي وانتقص فتأثر بعوامل اقتصادية .

ويتولى خصوم المبدأ تفنيد النتائج التي وصل إليها أنصاره فيقولون إن جعل الإرادة مصدراً لكل الحقوق فيه إغراق في نواحي فالالتزامات التعاقدية ذاتها وهي مبنية على توافق إرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، والمتعاقد لا يتقيد بتعاقده لأنه أراد ذلك فحسب، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع للثبات والاستقرار الواجب توافرهما في المعاملات والثقة التي يولدها التعاقد في نفوس المتعاقدين، و هي التي تستند بها قوة الالزام في العقود. وقد لا يتم اتحاد حقيقي بين الإرادتين عند التعاقد، مع ذلك فاتحادهما حكماً يكفي مادام التعاقد قد ولد شقه مشروعة يترتب على الإخلال بها ضرر. وما العقد إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق ما للإرادة من سلطان. وهنالك نظرية ألمانية لا تحفل بالإرادة الباطنة ولا تجعل لها سلطاناً، بل تنظر إلى الإرادة الظاهرة لأنها وحدها الشيء الملموس أو المحسوس كحقيقة اجتماعية. وإذا تركنا الالتزامات جانباً ونظرنا إلى الحقوق الأخرى التي يزعمون أن مصدرها الإرادة، رأينا أن

---

[٢٠] د. السنهوري "نظرية العقد" ص ١٥٦ وما بعدها .

وهم القائلين بهذا الرأي هنا يتجسم فالملكية ليست بإرادة المالك بل هذه الإرادة ترد عليها قيود متعددة ترجع إلى التضامن الاجتماعي، وبخاصة ما يتصل منه بمراعاة حسن الجوار، وليس الميراث مبني على وصية مفترضة بل الواقع من الأمر أن الميراث سبق الوصية في التطور التاريخي وأساسه اشتراك الأسرة في ملكية الأموال. أرأيت لو كان المورث طفلاً أو مجنوناً أكان يصح الزعم بأن ميراثه وصية مفترضة وهو لا يستطيع أن يترك وصية صريحة كذلك روابط الأسرة لم ينظمها عقد الزواج فإن هذا العقد وضع الزوجين في مركز قانوني نظمه المشرع طبقاً لصالح المجتمع وصالح الأسرة ولا دخل لإرادة الزوجين في ذلك .

أما القول بأن المجرم قد ارتضى توقيع العقوبة عليه فهو أقرب إلى التهكم منه إلى الحقيقة وإلا فأي مجرم رأى في العقوبة جزاء ارتضاه لنفسه إنما العقوبة ترجع في مشروعيتها إلى إعتبارات اجتماعية لا دخل لإرادة المجرم فيها [٢١] .

إلى أي حد تسيطر الإرادة على العقود:

تبين من مبدأ سلطان الإرادة أن الخطأ الذي وقع فيه أنصار هذا المبدأ هو اتخاذه مبدأ مطلقاً في كل النواحي القانونية. وهذه المبالغة كانت سبباً في مبالغة تعارضها، وقام خصوم المبدأ أيضاً بنبذه مرة واحدة. وبين الامعان في اطلاق المبدأ إلى أوسع مدى والمبالغة في رده إلى أضيق الحدود. وجد المعتدلون مجالاً كوضع الأمور في نصابها الصحيح .

ونحن إذا توخينا الاعتدال وجانبنا التصرف، تبين لنا أن الإرادة لا سلطان لها في دائرة القانون العام. فالروابط الاجتماعية التي تخضع لهذا القانون انما تحددها المصلحة العامة لإرادة الأفراد .

أما العقد الاجتماعي المزعوم فقد أصبح نظرية مهجورة وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص، فيما يتعلق فيها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه الا بقدر محدود .

---

[٢١] د. السنهوري "نظرية العقد" ص ١٥٦ وما بعدها .

فعقد الزواج هو الأساس الذي ترتكز عليه الأسرة مصدره إرادة المتعاقدين، ولكن الآثار التي تترتب على العقد ليست خاضعة للإرادة بل ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع. وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدريجياً. وهي في الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها في الحقوق الشخصية. فإن الحقوق العينية وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئاً جديداً منها. ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداه. ولكن الإرادة في الحقوق الشخصية لها مجال واسع، فهي مصدر كثير من هذه الحقوق وهي التي ترتب آثارها. ومع ذلك لا نريد أن نبالغ في أهمية الإرادة حتى في الحقوق الشخصية. فإنها إذا كانت من أهم المصادر لهذه الحقوق، فذلك لا يمنع من أن توجد بجانبها مصادر أخرى قد تعادلها في الأهمية كالعمل غير المشروع أو تقرب منها كالإثراء بلا سبب .

وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول في هذا الميدان أوسع ما تكون خطأً وأبعد ما تكون مدى. ولكن حتى في هذا الميدان إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية، وجدنا أنها محدودة في ذلك بقيود النظام العام والآداب بل إن إرادة الفرد حتى في هذه القيود يضعف أثرها في بعض العقود التي تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات كما في الجمعيات والشركات والنقابات، فهذه تنظمها الجماعة التي تنتمي إليها ولا تعتد في تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها .

وعقود الجماعة كعقد العمل الجماعي وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس، نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية كذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن، تبين القوى الاقتصادية وانتصار القانون للجانب الضعيف، كما في تشريع العمال وعقود الإذعان وفي نظرية الاستغلال وهي نظرية تتوسع تدريجياً في القوانين الحديثة حتى تتناول كل العقود. ثم إن الإرادة وهي في دائرة كل هذه العقود لا تزال خاضعة أيضاً للشكلية التي تتطلبها بعض العقود حماية للمتعاقد الذي يقدم على أمر خطير كما في الهبة والرهن الرسمي. هذه هي الحدود التي يرسمها القانون في الوقت الحاضر ميداناً لسلطان الإرادة وهو يعترف بهذا السلطان ولكن يحصره في دائرة معقولة تتوازن فيها الإرادة مع العدالة والصالح العام .

المبحث الخامس

سقوط التعبير عن الإرادة وعيوب الإرادة

سقوط التعبير عن الإرادة :

تنص المادة (٣٧) من قانون المعاملات المدنية على أنه: (يسقط التعبير عن الإرادة إذا كان من صدر منه أو وجه إليه هذا التعبير قد مات أو فقد أهليته قبل ارتباط الإيجاب بالقبول) .

موت الموجب أو فقد أهليته أو موت الموجب له أو فقد أهليته ينهي الإيجاب ولا يكون له أي أثر وكأنما أراد المشرع السوداني أن يقول الإرادة تموت بموت صاحبها. والمشرع السوداني يختلف بهذا الرأي عن ما أخذت به بعض الشرائع الأخرى من أن الإرادة تبقى لو مات صاحبها أو فقد أهليته. ولم يهمل الفقه الإسلامي مسألة موت من صدر منه التعبير. إذ أن " أحمد" يرى أن خيار المجلس يبطل بموت أحد المتعاقدين لأن الخيار عنده لا يورث ويرى "الشافعي" أن موت المتعاقد لا يبطل خياره فيثبت للوارث قياساً على خيار الشرط وهذا الحكم بالنسبة لمن فقد أهليته قبل تفرق مجلس العقد أو يثبت الخيار للولي أو القيم أو المحاكم .

وهكذا فإنه يمكن القول بأن وفاة الموجب له أو فقده لأهليته لا تخرج عن حالات ثلاث :

١. إذا مات الموجب له قبل تبليغه الإيجاب وهنا لا يكون هنالك أي أثر للإيجاب بل ينتهي بمجرد وفاة الموجب له .
٢. إذا مات الموجب له قبل تبليغه الإيجاب ولكن قبل إعلان قبوله هنا أيضاً لا يكون للإيجاب أي أثر .
٣. إذا مات الموجب له بعد تبليغه قبوله للموجب وهذا في يقيننا أنه لا بد أن يرتب أثراً إذ أن الموجب قد يتصرف على ضوء قبول الموجب له وبالتالي يظل ورثه الموجب له ملزمين بما تم من اتفاق [٢٢].

---

[٢٢] محمد صالح القاضي "العقد"ص ٢٧ .

عيوب الإرادة :

عيوب الإرادة لا تنعدم فيها الإرادة ولكنها تصدر معيبة لقيامها على الخوف أو الإغراء أو الخديعة، ويمكن حصر هذه العيوب في الإكراه والتدليس والغلط والغبن والغرر، وسوف نتحدث أولاً عن الإكراه .

الإكراه في الفقه والقانون :

أبرز ما وضع لنا فيه الإكراه من سائر المعاملات عقد البيع فقد اشترط جمهور الفقهاء أن يكون العاقد مختاراً في بيعه وشرائه فإذا أكره على ذلك لا ينعقد البيع لقوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا " [٢٣] ويقول الرسول (صلى الله عليه وسلم): " رُفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ويقول الحنفية إن كل عقد يكره عليه الشخص ينعقد لأن القاعدة عندهم في المكره: إن كل ما يكره على النطق به ينعقد ولكن أقواله التي يكره عليها فهي ما يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح والنذر فإذا أكرهه ظالم على بيع ملكه فإن البيع ينعقد فاسداً ويملكه المشتري ملكاً فاسداً وللمكره أن يجيز البيع بعد زوال إكراهه وله أن يسترد العين حيث وجدها [٢٤] .

ويقول المالكية: الإكراه الذي يمنع نفاذ البيع هو الإكراه بغير حق وهو ينقسم إلى قسمين :

الأول: إكراه على نفس البيع وذلك بأن يكرهه ظالم على بيع كل ملكه أو بعضه .

الثاني: إكراه على شيء يجبره على البيع كان يكرهه ذلك الظالم على أن يعطيه مالاً غير قادر عليه فيضطر لبيع ملكه ليحصل على ذلك المال. والإكراه على سبب

---

[٢٣] سورة النساء الآية ٢٩.

[٢٤] الفقه على المذاهب الأربعة . المجلد الثاني ص ١٦١ .

البيع فيه خلاف: بعضهم يقول: إنه بيع غير لازم أيضاً وبعضهم يقول: إنه بيع لازم والأول هو المشهور في المذهب والثاني هو المعمول به .

أما الشافعية فقد قالوا: بيع المكره لا ينعقد رأساً إلا إذا قصد إيقاع العقد ونواه على الإكراه، فإنه في هذه الحالة لا يكون مكرهاً .

وهنا يمكن القول مجملاً بأن الإكراه في الفقه الإسلامي هو حمل الغير على ما لا يرضاه. أما الإكراه في القانون السوداني فنجده في المادة (٦٩) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م حيث تنص على :

١. يكون العقد قابلاً للإبطال بالإكراه إذا تعاقد الشخص تحت رهبة قائمة على أساس معقول بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق .
٢. تكون الرهبة قائمة على أساس معقول إذا كانت ظروف الحال وقت التعاقد تصور للطرف الذي يدعيها أن المكره قادر على إيقاع ما يهدد به وأن خطراً جسيماً يهدده في النفس أو الجسم أو الشرف أو السمعة أو المال .
٣. يعتبر إكراهاً تهديد المتعاقد بإيقاع ضرر بوالده أو ولده أو زوجته أو أي شخص تربطه به صلة القربى أو المودة القريبة .

المشروع السوداني لا يفرق بين الإكراه المعنوي والمادي، في الحالتين يكون العقد باطلاً، ويجب أن تكون وسيلة الإكراه غير مشروعة، وأن يكون الغرض غير مشروع[٢٥] .

الغرر والغبن والتدليس في الفقه والقانون :

التدليس في الفقه الإسلامي يعرف بالغرر ويقصد به إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه وهو يعتقد أنه قد أخذه بأقل من قيمته أو أن به فوائد كثيرة اشتراه من أجلها بينما الواقع غير ذلك .

---

[٢٥] محمد صالح القاضي "العقد" ص ٢٧.

وقد جاء في الفقه الحنفي (أن الغرر هو ما يكون مستور العاقبة)، وهو ما طوى عنك علمه [٢٦] .

وقد جاء في الفقه المالكي (أن يعمد الرجل إلى الرجل وقد ضلت راحلته أو دابته أو غلامه، وثمن هذه الأشياء خمسون ديناراً فيقول أنا آخذها منك بعشرين ديناراً فإن وجدها المبتاع ذهب البائع بثلاثين ديناراً وإن لم يجدها ذهب البائع منه بعشرين ديناراً وهو لا يدري كيف حالها في ذلك الوقت أيضاً إذا وجد تلك الضالة كيف توجد وما حدث فيها من أمر الله مما يكون فيه نقصها أو زيادتها فهذا أعظم المخاطر [٢٧] .

وجاء في الفقه الشافعي: (الغرر هو الخطر وجاء فيه الغرر، ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما. وجاء ما انطوت عنه عاقبته وقد حرم الإسلام بيع الغرر في معنى أكل الأموال بالباطل) .

التدليس في القانون السوداني هو تضليل المتعاقد الآخر وذلك بإظهار فعل أو قول أو مسلك على أنه حقيقة في حين أنه غير ذلك وينتج عن هذا أن يقوم المتعاقد على التعاقد وهو تحت تأثير ذلك التضليل .

الغرر في قانون المعاملات المدنية، حيث نص على :

١. الغرر هو أن يخدع أحد المتعاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن يرضى به لولا تلك الوسائل .
٢. يعتبر السكوت عمداً عند واقعة أو ملابسة تغريراً إذا ثبت أن المغرر ما كان يبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة .

الغبن :

تنص المادة (٧٣) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) أنه: "إذا غرر أحد المتعاقدين بالآخر وتحقق أن العقد تم بغبن فاحش كان لمن غرر به فسخ العقد "

---

[٢٦] د. الصديق محمد الأمين الضرير "الضرر وأثره في الفقه الإسلامي" ص ٢٨.

[٢٧] المرجع السابق .

وهذا يعني أن التغرير وحده لا يكون له أثر في العقد ما دام المعقود عليه قد قبل بقيمته أو بغبن يسير، ويمكن القول أن التغرير والغبن لا يعتبر كل منهما عيباً في الإرادة إلا إذا أضيفا سوياً في عقد واحد وكان أحدهما مرتبط بالآخر .

وقد اتفق الفقهاء أن التغرير بغبن يسير لا أثر له لأنه مما لا يخلو التعامل منه مطلقاً غير أن الأحناف استثنوا من ذلك حالة ما إذا باع المدين بدين يستغرق شيئاً من ماله بغبن يسير أو كان محجوراً عليه أو مريضاً مرض الموت إذ أنه يكون للدائنين حينئذٍ حق فسخ العقد ما لم يرفع الغبن وهذا القول يتفق تماماً مع القانون السوداني حيث ورد في المادة (٧٤) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) .

١. الغبن الفاحش في العقار وغيره ما لا يدخل تحت تقويم المقومين .
٢. إذا أصاب الغبن ولو كان يسيراً مال المحجور عليه أو المريض مرض الموت وكان دينهما مستغرقاً لما لهما كان العقد موقوفاً على رفع الغبن أو إجازته من الدائنين وإلا بطل .

ويذهب الأحناف إلى أبعد من ذلك حيث يقررون أنه لا أثر حتى للغبن الفاحش إذا نشأ الغبن من تقصير المغبون نفسه وعدم تحرزه أما إذا كان الغبن الفاحش نتيجة لإغراء العاقد الآخر أو وسيط فإنه على الأصح أن يكون للمغبون فسخ العقد .

الغلط في الفقه والقانون :

الغلط في الفقه الإسلامي معناه أن يذكر محل العقد المعين موصوفاً بوصف ثم يتبين أن هذا الوصف غير متحقق فيه [٢٨] .

ويعدد الفقه الإسلامي الغلط، فنجد أن هناك غلطاً في المحل وهناك غلط في القيمة.
تنص المادة (٦٣) من قانون المعاملات السوداني لسنة (١٩٨٤م) على :

١. يكون الغلط جوهرياً بفوات الوصف المرغوب فيه إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقدين عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط .

---

[٢٨] مصادر الحق في الفقه الإسلامي الكتاب الثاني ص ٤٥٩ الإمام أبو زهرة .

٢. يكون العقد قابل للإبطال :

(أ) إذا وقـع الغلـط في صـفة الـشيء تكـون جوهريـة في اعتبـار المتعاقـدين أو يجـب اعتبارهما كذلك مما يلابس العقد من ظروف ولما يجب في التعامل من حسن نية.

(ب) إذا وقع الغلط في أمور تبيح نزاهة المعاملات للمتعاقد الذي يتمسك بالغلط ويعتبرها ضرورية للتعاقد [٢٩] .

ما جاء في هذا النص لا يخرج عما قال به الفقه الإسلامي فهو يحصر الغلط الذي يعطي الخيار للطرف الآخر في إبطال العقد في الآتي :

(أ) فوات الوصف .

(ب) اختلاف في صفة الشيء .

(ج) اختلاف في ذات الشيء .

(د) عدم النزاهة في المعاملات .

الفصل الثاني

الإرادة المنفردة

مقدمة

عرفنا فيما سبق أن مصادر الالتزام الإرادية هي العقد والإرادة المنفردة وتحدثنا في الفصل الأول عن العقد ودور الإرادة في إنشائه .

والعقد يتطلب إرادتين لتكوينه ؛ أما الإرادة المنفردة فيكفي فيها إرادة شخص واحد لإنشاء الالتزام .

ويجب عدم الخلط بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف القانوني الصادر بإرادة منفردة كالوصية والوعد الموجه إلى الجمهور بجائزة فإنه يتم بإرادة واحدة. وفي هذا الفصل سوف نتحدث عن الإرادة المنفردة في مبحثين على النحو التالي :

---

[٢٩] قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة (١٩٨٤م) .

المبحث الأول: الإرادة المنفردة في القوانين الوضعية .

المبحث الثاني: الإلتزام بالارادة المنفردة في الفقه الإسلامي .

المبحث الأول

الإرادة المنفردة في القوانين الوضعية

الإرادة المنفردة هي تصرف قانوني من جانب واحد تحدث آثاراً قانونية متعددة بالإضافة إلى كونها مصدراً من مصادر الالتزام فالإرادة المنفردة قد تكون سبباً لاكتساب الحق العيني كالوصية ـ والوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة (هي إرادة الوصي) مضاف إلى ما بعد الموت كما قد تكون الإرادة المنفردة سبباً لانقضاء بعض الحقوق العينية كما في تنازل صاحب حق الانتفاع أو حق الارتفاق أو حق الرهن عن حقه بإرادته المنفردة .

وقد تكون الإرادة المنفردة سبباً لإنقضاء الحق الشخصي والالتزام كإبراء الدائن للمدين. وكذلك تصلح الإرادة المنفردة لإجازة العقد القابل للابطال ولجعل آثار عقد معين تسري في حق الغير كإقرار الأصيل لعقد ابرمه النائب متجاوزاً حدود نيابته. ولإنهاء بعض العقود كأنها عقد الوكالة وعقد العمل غير محدد المدة .

وبالإضافة إلى هذه الآثار القانونية المتعددة التي تحدثها الإرادة المنفردة أو التصرف القانوني الانفرادي، فقد ثار التساؤل في الفقه عما إذا كانت الإرادة المنفردة تصلح باعتبارها، مصدراً عاماً لإنشاء الالتزام أو الحق الشخصي كما هو الشأن بالنسبة للعقد ؟ للإجابة على هذا التساؤل وجد رأيان في الفقه :

الرأي الأول :

يؤيد الفقه الألماني أن الإرادة المنفردة تصلح أن تكون مصدراً عاماً للالتزام كالعقد، بل لقد غالى بعض الفقهاء الالمان في دور الإرادة المنفردة واعتبرها المصدر الوحيد للالتزام الإرادي، فالعقد ليس لإنتاج إرادتين منفردتين .

الرأي الثاني :

وهو الرأي السائد في الفقه الفرنسي ويؤيده القضاء الفرنسي ويرى أن الارادة المنفردة لا تصلح بذاتها لأن تكون مصدراً عاماً للالتزام وقد سلك التقنين المدني المصري مسلكاً وسطاً بين هذين الرأيين إذ لم تعد الارادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام كالعقد. وإنما اعتبرت مصدراً للالتزام في الحالات التي ينص عليها القانون. وقد أفرد لها الفصل الثاني في الباب الأول الخاص بمصادر الالتزام. وقد خصص لهذا الفصل مادة وحيدة تكلم فيها عن حالة واحدة من حالات الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام وهي حالة الوعد بجائزة الموجهة للجمهور.

وكذلك سلك المشرع السوداني مسلك المشرع المصري، حيث نصت المادة ١/٣٦ من قانون المعاملات المدني السوداني على أنه: لا تلزم الإرادة المنفردة صاحبها إلا في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك. وقد أفرد قانون المعاملات المدنية السوداني المادة ١٣٧ للكلام على حالة واحدة من حالات الارادة المنفردة كمصدر للالتزام وهي حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور. وهذا النص مطابق لنص المادة ١٦٢ من التقنين المدني المصري .

ومن الملاحظ أنه بالإضافة إلى حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور هناك تطبيقات للإرادة المنفردة كمصدر للالتزام وهي في الحالات الآتية :

١. الايجاب الملزم المنصوص عليه في المادة ٩٣ من التقنين المدني. ويكون في حالة ما إذا عين الموجب ميعاداً للقبول فإنه يلتزم بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي وينشأ التزاماً في ذمة الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي الميعاد المحدد [٣٠] .
٢. إنشاء المؤسسة الخاصة يكون لسند رسمي أو بوصية. وهذا الإنشاء يتم بإرادة منفردة هي إرادة منشئ المؤسسة .

---

[٣٠] د. ياسين محمد يحي (مصادر الالتزام) .

٣. التزام حائز العقار المرهون رهناً رسمياً أن يذكر في الإعلان أنه مستعد للوفاء بالديون المقيدة على العقار إلى القدر الذي يقوم به صاحب العقار فهذا الالتزام مصدره الإرادة المنفردة للحائز .

القانون السوداني كما رأينا في النص المذكور أنه أنكر على الإرادة المنفردة إنشاء الالتزام ومن ثم فهي لا تلزم صاحبه واستثنى من ذلك الأحوال التي ينص فيها القانون على الاعتداد بالإرادة المنفردة، ومن ثم الزام صاحبها. ومن ذلك نجد أن الهبة تكون بإيجاب فقط في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو وصيه أو كان الموهوب له صغيراً يقوم الواهب على تربيته ونجد أنه يكفي في عقد الكفالة ونفاذها إيجاب الكفيل فحسب ما لم يردها المكفول .

وفي عقد الوديعة من غير أجر نجد أن المودع يكون ملزماً بتنفيذ التزامه إلا إذا هلك الشيء المودع بسبب أجنبي. هذا وقد أبان المشرع في الفقرة الثانية من هذا النص أنه حتى في الحالات التي نص القانون فيها على الاعتداد بالإرادة المنفردة فإنه لابد من تطبيق أحكام العقد عليها ولا يستثنى من ذلك إلا الأحكام التي تتعلق بوجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام .

وهذا يعني أن الملتزم لابد أن يكون متمتعاً بأهلية الأداء فلا يكون صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً وأن يبتعد التزامه عن كل ما يؤثر في الرضى كالإكراه والغلط والتدليس ومن ناحية المحل والسبب فيجب أن يكونا مشروعين وأن تتوفر فيهما كل الشروط المطلوبة في أحكام العقد ولا تسري على الإرادة المنفردة تلك الشروط الواجب توفرها في العقد الملزم للجانبين كضرورة صدور القبول وارتباطه بالإيجاب وخلافه من الشروط الأخرى والتي تتفق بطبيعتها مع العقود الملزمة للجانبين [٣١] .

[٣١] القاضي محمد صالح علي شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ م .

الوعد الموجه للجمهور:

تنص المادة ١٣٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني على أنه :

١. من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام أو دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها .

٢. إذا لم يعين الواعد أجراً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان يوجه للجمهور على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد ولا تسمع دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور هذه الصورة من صور التعاقد نلاحظها في بعض الأحيان من خلال الصحف أو التلفاز أو الراديو. فقد يفقد شخص شيئاً قيماً أو عزيزاً عليه أو مستنداً هاماً ولا يعثر عليه فيلجأ إلى الإعلان عن طريق الصحف أو غيرها من أجهزة الإعلام يعد فيه بإعطاء جائزة سوى كان مبلغاً مادياً أو شيئاً عينياً للشخص الذي يعثر على الشيء المفقود ، فإذا عثر الشخص على الشيء المفقود كان على الواعد أن يمنحه الجائزة التي وعد بها [٣٢].

ولا يشترط هنا أن يكون من عثر على ذلك الشيء قد علم بوعد الواعد بإعطاء جائزة حتى يستحق تلك الجائزة بل يكفي عثوره على الشيء المفقود ليكون هذا سبباً لاستحقاقه للجائزة ولا يجوز للواعد أن يدفع بعدم علم الموعود له بإعلان الواعد أو بتحديد تلك الجائزة .

وكأنما يريد المشرع أن يقول بأنه لا يشترط أن يوجه الإيجاب إلى شخص معين بل يمكن توجيهه إلى مجموعة معينة من الأشخاص أو إلى الجمهور كافة. وإذا لم يعين الواعد أجلاً معيناً للقيام بالعمل المطلوب فإنه يجوز له أن يرجع في وعده في أي وقت قبل أن يتم أي شخص ذلك العمل .ويجب أن يكون الرجوع عن الوعد قد أعلن للجمهور بنفس الطريقة التي أعلن بها عن الوعد بجائزة أو بأي طريقة أخرى تمكن هؤلاء من

---

[٣٢] القاضي محمد صالح علي شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.

العلم بالرجوع فلا يكفي لصق الرجوع عن الوعد على بعض اللوحات بالطرقات كما لا يكفي ذلك وسط مجموعة محددة من الأشخاص، بل يجب أن يكون الإعلان عن الرجوع عن طريق التلفاز أو المذياع أو الصحف السيارة. وعلى الرغم من كل هذا حتى لو قام الواعد بالإعلان عن رجوعه وإن هنالك من أتم العمل المطلوب كالعثور على المستندات المفقودة أو خلافه فإن الواعد لا يستطيع أن يتنصل عن دفع الجائزة بحجة أنه رجع عن وعده. وإذا رفض دفع الجائزة فإن لمن قام بالعمل المطلوب أن يرفع دعواه بذلك ويكون عليه حينئذ أن يثبت أنه قد أتم العمل قبل الإعلان عن الرجوع. ويكون ذلك بكافة طرق الإثبات، ويجب رفع هذه الدعوى خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول عن وعده للجمهور، إذ يمتنع على المحاكم بعد هذه المدة سماع دعوى المطالبة بالجائزة[٣٣] .

المبحث الثاني

الالتزام بالإرادة المنفردة في الفقه الإسلامي

إذا كانت التشريعات الحديثة قد قصرت على أن تجعل الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام فإن الفقه الإسلامي قد جعل للإرادة المنفردة مجالاً واسعاً حتى أن مذهب الإمام مالك قد جعلها مصدراً عاماً للالتزام [٣٤] فالإرادة المنفردة لها دور في محل إنشاء الالتزام وفي غيره من المجالات .

أولاً: في مجال إنشاء الإلتزام :

جعل الفقه الإسلامي للإرادة المنفردة دوراً كبيراً في التبرعات وكلما برزت الصفة التبرعية في التصرف كانت الإرادة المنفردة فيه أظهر. لأن الإنسان يملك أن يقيد نفسه بمحض إرادته فيما يملك. وعلى ذلك نجد البيع والإيجار في الفقه الإسلامي عقوداً تتم بإيجاب وقبول، لأنها معاوضات ابتداء وانتهاء بينما نجد الكفالة والقرض تبرعات

---

[٣٣] القاضي محمد صالح علي شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م .

[٣٤] السنهوري . مصادر الحق . ج (ص ٤١- ٤٢) .

ابتداء معاوضات انتهاء ولذلك كان الراجح في شأنهما أن ركنيهما هو الإيجاب والقبول أي باعتبارهما من العقود لا من التصرفات بإرادة منفردة وأخيراً إذا نظرنا للهبة والعارية نجدهما تبرعات ابتداء وانتهاء وكانتا من التصرفات التي تتم بإرادة منفردة .

ويطلق الفقهاء على التصرف الذي يحتاج إلى إيجاب وقبول العقد بمعناه الخاص، والذي لا يحتاج إلى ركنين العقد بمعناه العام [٣٥] .

وفي مجال إنشاء الالتزام كذلك نجد صور أخرى من الالتزام بإرادة منفردة منها الوقف والالتزام والوعد والنذر والكفالة .

الوقف:

(وتقابله المؤسسات في القوانين الحديثة).

يتم بإرادة منفردة من الواقف وتحكمه شروط الواقف إذا كان لغير معينين أما لمعينين فينعقد الوقف ولا يثبت الحق للمستحق المعين إلا بقبوله أو بعدم الرد.

الالتزام :

يطلق على الصورة العامة للالتزام بالإرادة المنفردة فيقولون المطلوبات المترتبة على الالتزام الناشئة عن الإرادة المنفردة. فإذا التزم شخص بأن يعطي مالاً إلى شخص آخر ولم يصدر من الآخر قبول أي لم يتم عقد بينهما فعند مالك يلتزم بأن يعطيه المال. إلا إذا مات الملتزم أو أفلس فإن الالتزام يسقط. عند الحنفية والشافعية والحنابلة يعتبر هذا من قبيل التبرع والتبرع غير ملزم عندهم .

الوعد :

هو ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لاعلى سبيل الالتزام في الحال فهو التزام بإرادة منفردة، فقد يرد الوعد على العقد (بأن يعد غيره بالتعاقد لبيع ارض) وقد يرد على عمل .

---

[٣٥] محمد أبو زهرة ـ الملكية ونظرية العقد ص ٣١٢ ظ.

النذر:

هو التزام فيه قربة لله تعالى بصيغة تدل على ذلك. حكمه عند المالكية والشافعية وجوب الوفاء به إذا علق على مرغوب والتجيب بين الوفاء والكفارة إذا علق على مرغوب عنه وأما عند الحنفية فحكمه وجوب الوفاء به ويسقط بموت الناذر [٣٦].

الكفالة :

عند مالك تنعقد بإرادة واحدة هي إرادة الكفيل وتصح لو كانت لغير معين أو غائب[٣٧].

ثانياً : في مجالات أخرى: ترتب الإرادة المنفردة آثاراً في غير مجال إنشاء الالتزام. وفي الفقه الإسلامي يمكن أن تكون سبباً من أسباب كسب الملكية. كالوصية. ويمكن أن تسقط الحق كالإبراء. كذلك فإن إجازة العقد وإقراره من الغير واستعمال خيار من الخيارات وعزل الوكيل وإجازة الوصية، كل هذه التصرفات تتم بإرادة واحدة منفردة .

وهناك قاعدة عامة في الشريعة الإسلامية أن كل تصرف هو في أصله للإسقاط لا للنقل ينعقد بإرادة منفردة وهي إرادة من يملك الإسقاط ولو ترتب على الإسقاط حقوق وواجبات، فالطلاق يتم بإرادة واحدة وإن ترتبت عليه حقوق للمرأة، ومنها وجوب مؤخر الصداق، ووجوب العدة عليها وغير ذلك .

ومن هذا يتبين أن الإرادة المنفردة لها مكانها في الالتزامات الشرعية ولكن في التصرفات التي لا تنعقد بإيجاب وقبول وأما ما ينعقد بالإيجاب والقبول فالإرادة المنفردة ليست مناط التزام فيه .

---

[٣٦] السنهوري . مصادر الحق ص ٤٥.

[٣٧] أبو زهرة "الملكية ونظرية العقد " ص ١٩١- ٢١٩- ٢٣١.

الخاتمة

في ختام هذا البحث فإن العقد بجوانبه المختلفة قد أحتل جزءاً كبيراً من كتب الفقه والقانون وخاصة إرادة المتعاقدين .

والعقد يقوم على الإرادة، والإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة ويجب أن تصدر الإرادة من صاحبها بنية إحداث أثر قانوني هو إنشاء الالتزام .

ومن ناحية الأخذ بالإرادة الظاهرة أو الباطنة أن الخلاف في القوانين المختلفة من ناحية اعتناق المذاهب العلمية أما في العمل فالفرق محدود فيما بين هذه القوانين .

وقد لاحظت في بحثي هذا أن قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م لم يأخذ أحكامه من مذهب واحد بل بما أتفق عليه الفقهاء أي ما أتفق مع الفقه الإسلامي .

والعقد أساساً يقوم على إرادة المتعاقدين واتفاقهم وأن المحاكم لا تستطيع أن تصل إلى نية المتعاقدين، ومن ثم وجب عليها أن تقتصر على الظواهر الخارجية .

ويمكن القول بأنه يجوز للقضاء بموجب سلطاته التقديرية في بعض القضايا الشائكة وتحقيقاً للعدالة، يجوز للمحاكم أن تذهب إلى ما وراء الظواهر الخارجية لتتمكن من الحكم بالعدل والإنصاف .

، ، ، ، والله الموفق، ، ، ، ،

قائمة المراجع :

١ـ عبد الرازق السنهوري ـ مصادر الالتزام .

٢ـ د. ياسين محمد يحيى ـ مصادر الالتزام .

٣ـ د. وهبة الزحيلي ـ الفقه الإسلامي وأدلته ـ الجزء الرابع .

٤ـ د. أنور سلطان ـ الموجز في مصادر الالتزام .

٥ـ عبد الرازق السنهوري ـ نظرية العقد .

٦ـ الأشباه والنظائر .

٧- القاضي محمد صالح علي - شرح قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤م.
٨ د. سليمان مرقصي - نظرية العقد .
٩- الفقه على المذاهب الأربعة - المجلد الثاني .
١٠- سورة النساء - الآية رقم (٢٩) .
١١- د. الصديق محمد الأمين الضرير - الغرر وأثره في الفقه الإسلامي .
١٢- الإمام أبو زهرة - مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الكتاب الثاني .
١٣- أبو زهرة - الملكية ونظرية العقد .